

CLAUDIA
LÓPEZ DÍAZ

ACCIONES A PROPIO RIESGO
EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD POR RESPONSABILIDAD
DE LA VÍCTIMA CON BASE EN UNA CONCEPCIÓN
FUNCIONAL ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

gtz

Entregado
de la República Federal de Alemania
Bogotá

PROYECTO PROFIS
DONACIÓN

CONTENIDO

NOTA PREVIA	13
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
I.	17
II.	19
III.	22
A. La actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima. Para que haya autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el si y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa	28
B. La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible	29
C. El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro	30
CAPÍTULO PRIMERO	
NIKLAS LUHMANN Y LA TEORÍA FUNCIONAL	
ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD	
I. Introducción	31
II. Conceptos fundamentales de la teoría	33
A. Universalidad	45
B. Multidisciplinariedad	48
C. Una nueva manera de pensar	49
D. Necesidad de una ontología de la diferencia y de la relación	51
E. Reconocimiento de la complejidad (neguentropía)	52
F. La doble contingencia	53
G. Observar de modo eficaz la compleja sociedad contemporánea	55
H. Concepto de sistema	61
I. Un nuevo concepto de sujeto	61
J. La paradoja	63
K. De la acción a la comunicación	63
L. De la acción a la comunicación	65
L. El sentido	72
1. La dimensión objetiva (<i>Sachdimension</i>)	75
2. La dimensión temporal (<i>Zeitdimension</i>)	76
3. Dimensión social (<i>Sozialdimension</i>)	77
M. Método	79
III. Teorías presentes en LUHMANN	80
A. Teoría de la evolución	82
1. Formas de evolución	84

B. Teoría de la comunicación	86
1. La comunicación como proceso de selecciones	87
2. Los componentes de la comunicación	88
3. Códigos y medios de comunicación	90
a. El concepto de código	90
b. Características de todo código binario de comunicación	91
c. Medios de comunicación simbólicamente generalizados	92
C. Teoría de los sistemas	94
1. De la teoría clásica de los sistemas a la teoría de los sistemas autopoieticos y autorreferentes	95
2. Proceso de diferenciación de un sistema	109
a. Diferenciación sistémica general	110
b. Diferenciación funcional	110
c. Diferenciación dinámica	110
3. El sistema psíquico	111
a. El hombre como sistema autopoietico	111
b. La conciencia base de los sistemas psíquicos	117
4. El sistema social	118
a. La sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de comunicaciones. La sociedad sin hombres	121
b. ¿Por qué existe sociedad?	123
c. ¿De qué se compone la sociedad?	124
d. ¿Cómo construyen sus límites los sistemas sociales?	125
e. ¿Cómo se estructuran los sistemas sociales?	125
f. Teoría de la diferenciación funcional	126
5. El subsistema del derecho en la teoría de NIKLAS LUHMANN	129
6. Un caso especial. El derecho penal	140

CAPÍTULO SEGUNDO

LUHMANN EN LA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS	145
I. Sociedad, norma, persona y comunicación en una teoría del derecho penal funcional	148
A. Sociedad	148
1. Los contactos relativamente anónimos	150
2. Comportamientos uniformes en masa	153
3. El derecho penal del enemigo (<i>Feindstrafrecht</i>)	154
4. La moderna sociedad	156
a. Unificación de los ordenamientos normativos	156
b. La relación entre los distintos ordenamientos	157
c. El problema de la posible violación al principio de legalidad, especialmente en los casos de la violación a los derechos humanos	157
B. Protección de normas	158
1. Normas de la sociedad	158
2. Normas del entorno social	159

C. Persona	161
1. La interpenetración entre sujeto y sociedad	161
2. Persona como portadora de roles que son los que le fijan su competencia	162
3. Sentido de la conducta	165
D. Comunicación	167
1. La comunicación instrumental	167
2. La comunicación personal	168
II. La finalidad del derecho penal es el mantenimiento o restablecimiento de la confianza de los integrantes de la sociedad en la vigencia de la norma. La prevención general positiva	169
A. La pena como respuesta al quebrantamiento de la norma	172
B. Qué protege el derecho penal: ¿bienes jurídicos o la vigencia de la norma?	173
C. Críticas a la teoría de la prevención general positiva	179
III. Fundamentos y conceptos básicos de la realización del tipo en el nuevo sistema de derecho penal funcional estructural	184
A. El concepto de acción	184
1. El problema: acción-sociedad-derecho penal	184
2. Evolución del concepto de acción	186
a. La escuela de FRANZ VON LISZT. El causalismo	186
b. La escuela de HANS WELZEL. El finalismo	187
c. La necesidad de un esquema social de interpretación. Concepto social de acción	188
3. La “expresión de sentido” o la “toma de postura” entendida como “no reconocimiento de la vigencia de la norma”	192
4. Del injusto personal de los finalistas a la culpabilidad como presupuesto de la acción. Acción culpable (HEGEL-JAKOBS)	193
a. El concepto de inimputabilidad en la teoría de JAKOBS	194
5. Acción y omisión en derecho penal	197
a. De los deberes negativos y positivos	197
b. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión	202
B. La culpabilidad	208
1. Función de la culpabilidad	208
2. Contenido de la culpabilidad	210
3. Críticas a la concepción de la culpabilidad	216
C. La imputación objetiva	218
1. Introducción	218
2. Origen	223
3. Niveles de imputación	225
a. Primer nivel: imputación objetiva del comportamiento	225
b. En el segundo nivel, relación de riesgos	237
4. La imputación objetiva en los delitos de comisión por omisión: sobre la fundamentación normativa de las posiciones de garantía	243
5. Tentativa e imputación objetiva	244
6. Imputación objetiva y desistimiento	244

CAPÍTULO TERCERO

LAS ACCIONES A PROPIO RIESGO	247
I. Desarrollo jurisprudencial del concepto de autopuesta en peligro	250
A. El tratamiento de la autopuesta en peligro en la jurisprudencia alemana antes de la decisión del <i>Heroinspritzen-fall</i> (BGHSt 32, 262, 1984)	250
B. La jurisprudencia del BGH después del <i>Heroinspritze-fall</i> (BGHSt 32, 262, 1984)	253
II. Constelación de casos y responsabilidad penal que de ellos se deriva	256
A. La participación en una autopuesta en peligro. El tercero posibilita que otro se ponga a sí mismo en peligro	257
1. Caso de la jeringuilla (<i>Heroinspritzen-fall</i>)	260
2. Caso de la entrega de heroína de alta calidad	261
3. Caso del aguardiente	262
4. Caso de la entrega de heroína	262
5. Caso de la infusión de estramonio	263
6. Caso del aguardiente de frutas (<i>Obstschnaps-fall</i>)	263
7. Caso del monopatín	264
B. El “consentimiento” de una autopuesta en peligro, realizada por otro	265
1. Caso del salto desde el avión	266
2. Caso del mecánico copiloto (<i>Motorrad-fall</i>)	266
3. Caso del conductor ebrio	267
4. Caso del río Memel (<i>Memel-fall</i>)	267
5. Caso de las lesiones consentidas	268
6. El caso de las motocicletas (<i>Wettfahrt-fall</i>)	268
7. Caso de la competencia en motos por parejas	269
8. Caso de la puntería	269
9. Caso de las relaciones sexuales no protegidas teniendo conocimiento de la infección. Caso de Kempten	270
10. Caso de los esquiadores	270
C. Las acciones peligrosas de salvamento	271
1. Autopuesta en peligro voluntaria en sucesos de salvación arriesgados	272
2. Autopuestas en peligro en cumplimiento de un deber	272
3. Casos en los que la víctima ha sido sólo lesionada por el autor inicial pero muere como consecuencia de una acción salvadora contraria a la <i>lex artis</i>	273
4. Otros casos	275
a. Caso del incendio	275
b. Casos de perseguidor o salvador (<i>Verfolger-fall</i>)	275
D. La creación de una nueva relación de riesgo por parte de la víctima	276
1. Caso de tratamiento de desintoxicación (<i>Jetrium-fall</i>)	277
2. Caso del líquido cáustico	277
3. El caso de la viruela (<i>Pockenarzt-fall</i>)	278
E. Autopuesta en peligro para evitar un daño inminente	278
1. Caso del salto del camión	278

F. Confluencia de riesgos	279
1. El caso del ciclista	279
2. El caso del lanzagranadas	280
G. Provocación de suicidios	281
1. Caso del sobrino	282
2. Caso de la pareja de amantes	283
3. El conocido caso Wittig	284
4. Caso de la pistola (<i>Polizeipistolen-fall</i>)	285
5. Caso del herbicida	286
III. Tratamiento dogmático que hasta ahora ha recibido la conducta de la víctima	286
A. RAINER ZACZYK	336
B. RALF PETER FIEDLER	342
C. BERN SCHÜNEMANN	343
D. ULFRID NEUMANN	344
E. MARIA KATHARINA MEYER	345
F. SUSANNE WALTHER	347
G. HERIBERT SCHUMANN	349
H. WOLFGANG FRISCH	351
I. ROLAND DERKSEN	354
J. La posición de la Corte Constitucional colombiana	358
1. Del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Consideraciones generales	358
2. Límites al libre desarrollo de la personalidad o al principio de autonomía	369
K. El concepto de autorresponsabilidad basado en la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN con los aportes funcionalistas del profesor GÜNTHER JAKOBS	384
1. Generalidades	384
2. ¿Quién es autor de una autolesión?	389
3. Necesidad de una posición de garante	392
4. Ampliación a la omisión	393
5. Obligación de autoprotección	394
6. Simultaneidad	394
7. Heterolesión	394
8. Autoría mediata	394
a. ¿La víctima “cuasi no dolosa” siempre es instrumento?	394
b. La víctima cuasi no dolosa	396
c. La víctima cuasi justificada	396
d. El instrumento cuasi inculpable	396
IV. Presupuestos básicos para que se configure una acción a propio riesgo	397
A. La actividad riesgosa debe permanecer en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima. Para que haya autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa	397

B. La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible	402
1. Defectos de responsabilidad de la víctima que impiden imputarle una conducta autolesiva	405
2. Defectos cognitivos de la víctima	410
C. El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico: no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro	417
1. La injerencia	418
2. Deberes en virtud de responsabilidad por organización	419
3. Los deberes en virtud de responsabilidad institucional	439
a. La relación paterno-filial	440
b. El matrimonio	444
c. La confianza especial	446
d. Los deberes genuinamente estatales	448
CONCLUSIONES	461
BIBLIOGRAFÍA	465